



Juzgado de Primera Instancia Nº 2
Av. Marítima, Ed. Los Jesuitas s/n, 1ª Planta
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 21 35 76
Fax.: 928 21 34 00

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0001732/2012

NIG: 3501642120120024550
Materia: Reclamación de Cantidad
Resolución: Sentencia 000131/2013

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u> Alejandro Valido Farray
Demandante	Banco Santander		Francisco Javier
Demandado	S.A.		Perez Almeida
Perito			
Perito			

PROCURADOR ALEJANDRO VALIDO
NOTIFICADO 17/09/2013

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de SEPTIEMBRE de 2013, Don Juan Avello Formoso Magistrado-Juez de Juzgado de Primera Instancia dos de Las Palmas de Gran Canaria, ha visto los autos civiles de juicio declarativo Ordinario, seguidos en este juzgado con el numero sobre reclamación de cantidad, promovidos por que compareció en los autos representado por el/ la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. VALIDO FARRAY, quien actuó bajo la dirección letrada del Sr. ZUNZUNEGUI PASTOR, contra BANCO SANTANDER S.A., que compareció en los autos representado por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. PEREZ ALMEIDA, quien actuó bajo la dirección letrada de la Sra. AFONSO MARRERO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado 3 DE DICIEMBRE DE 2012 fue repartida a este juzgado la demanda interpuesta por el Sr. VALIDO FARRAY en la que alegó en derecho lo que estimó conveniente en defensa de sus pretensiones y terminó suplicando que se tuviera por presentado dicho escrito con sus copias y documentos, a él por personado y parte en la representación antes indicada, que se admitiera a trámite la demanda de juicio ordinario, y que, previos los tramites legales, se dictara en su día sentencia





por la que se condene a la demandada a pagar la cantidad de 1.480.143 euros por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos con las actoras, enumerados en la tabla 1 de la pagina 5 de la presente demanda, al no haber aplicado el precio de mercado, tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 23 de enero de 2009, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado desde la percepción indebida, todo ello con imposición de costas de esta primera instancia.

SEGUNDO.- Por decreto se le tuvo por personado y parte en la representación antes indicada ordenando que se entendieran con el las sucesivas diligencias en el modo y forma determinados en la ley, se admitió a tramite la demanda acordando que se sustanciase por el procedimiento del juicio declarativo ordinario y que se emplazase al demandado para que en el termino de veinte días se personara en autos y contestara a la demanda, bajo apercibimiento de que en otro caso seria declarado en rebeldía y se le notificarían esta y las sucesivas resoluciones en los estrados del juzgado, salvo los casos en que otra cosa estuviera especialmente prevista.

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. PEREZ ALMEIDA, contestó a la demanda alegando en síntesis que no son ciertos los hechos de la demanda. En razón de lo expuesto terminó suplicando que, previos los tramites legales se dictara sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas de esta primera instancia a la parte actora.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación se le tuvo por personado y parte en la representación en que actuaba, y por contestada en tiempo y forma la demanda señalando para la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se citó en legal forma a las partes. En ella el Sr. Juez las exhortó sin éxito al acuerdo, para luego invitarlas a que, sin alterar lo sustentado en sus escritos con carácter sustancial, concretaran los hechos, fijaran aquellos en que no hubiera disconformidad y puntualizaran, aclararan o rectificasen cuanto fuere preciso para delimitar los términos del debate o bien subsanaran, si fuere posible, los defectos de que pudieran adolecer los respectivos escritos expositivos, o salvaran la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que hubiera sido denunciado por alguna de ellas o





apreciado de oficio por el Juez. Finalmente solicitaron el recibimiento del pleito a prueba por ser controvertidos los hechos y en ese mismo acto se acordó. Citando a las partes para juicio el día 16 de julio de 2013.

QUINTO.- El día señalado, se practicaron las pruebas declaradas pertinentes; formulando a continuación las partes sus respectivas conclusiones y resumen de pruebas. Quedando a continuación los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción por la que reclama la condena a Banco Santander por un importe total de 1.480.143 euros, por haber incumplido los contratos de permuta financiera (swaps) suscritos con la actora, al no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos tanto en el cálculo de la cancelación anticipada, como en el momento de contratar cada uno de los productos. Se ejercita por tanto por la parte actora acción de reclamación fundada en el incumplimiento por parte del Banco Santander de los contratos de permuta financiera suscritos con la mercantil actora, señalando que han sido dos los incumplimientos contractuales por parte del banco demandado; en primer lugar, el incumpliendo la obligación de aplicar el precio de mercado en el momento de la liquidación anticipada de los productos, argumentando que el la entidad demandada se ha prevalido de su actuación de hecho como agente de cálculo para apropiarse en la cancelación de los contratos de 361.284 euros, diferencia entre el precio de mercado ofrecido por el banco al momento de la cancelación y el que en estricta aplicación de lo pactado debió ser. En segundo lugar, se reclama por el incumplimiento contractual atribuido a la entidad demandada en el momento de la contratación inicial de cada uno de los productos, la parte actora denomina tal extremo como «comisiones implícitas» en el momento de la contratación inicial. En resumen termina la parte actora solicitando que se condene a Banco Santander, S.A., al pago de 1.480.143 euros por haber incumplido los contratos de permuta financiera suscritos con las actoras, enumerados en la Tabla 1 de la página 5 de la demanda, al no haber aplicado el precio de mercado, tanto en la cancelación anticipada realizada con fecha 23 de enero de 2009, como en el momento de la contratación inicial de cada una de las permutas financieras, y todo ello junto con los intereses legales.





Frente a tales pretensiones se alza y se opone la parte demandada alegando en síntesis que la parte demandada no ha incumplido ningún precepto normativo aplicable ni ha cobrado indebidamente cantidad alguna cumpliendo de forma correcta y escrupulosa con las obligaciones recíprocas pactadas por las partes en los respectivos contratos. Alegando igualmente que los demandantes fueron plenamente informados de las características, los costes de cancelación y los riesgos de los contratos suscritos; en relación al coste de cancelación el marco contractual pactado establecía la posibilidad de acudir en caso de discrepancia con el coste de cancelación a un tercero imparcial que realizara el cálculo. La parte actora no acudió a tal sistema y por tanto debe aplicarse la teoría de los actos propios sin que proceda en el momento actual analizar el coste de cancelación. Igualmente que por el perfil de la parte actora y de sus legales representantes tenían plena capacidad de comprender la naturaleza y riesgo asociados a un contrato de permuta financiera. De igual forma se niega de forma tajante que no han existido comisiones implícitas, sosteniendo la inexistencia de cobro de comisiones ocultas al inicio y correcto cálculo de la cancelación anticipada.

Las alegaciones efectuadas por la parte demandada en relación al perfil de la actora y sobre la finalidad económica de los contratos de permuta y la razón de su celebración por las actoras carece de interés para la resolución del presente procedimiento ya que no se insta por la parte actora acción de nulidad, no se alega error en la formación de la voluntad negocial; la actora parte y reconoce que los contratos celebrados fueron perfectamente válidos, se alega como fundamento de la pretensión que la parte demandada incumplió los términos contractualmente pactados, desde esta única perspectiva deberá ser analizado el presente litigio.

SEGUNDO.- Planteado de tal modo los términos del debate se analizará en primer lugar la reclamación efectuada en relación a la cancelación o vencimiento anticipado de los contratos de permuta. Se alega que la demandada incumplió los contratos de permuta financiera (swaps) suscritos con la actora, al no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos. Por tanto y de manera lógica se debe comenzar por analizar el marco contractual existente entre las partes para el caso de cancelación anticipada de los contratos suscritos, para posteriormente analizar si la entidad demandada se ajustó a lo pactado calculando de forma correcta el coste de cancelación de los productos.





Así a la vista de la documental obrante en los autos resulta debidamente acreditado que las confirmaciones de los swaps objeto de la presente litis señalan expresamente que la cancelación anticipada del producto se realizará “a precio de mercado”. Resulta plenamente acreditado que el día 23 de enero de 2009 la parte actora, después de una serie de negociaciones, en las que mas adelante profundizaremos, cerró sus posiciones en los swaps con importantes pérdidas. Este cierre de sus posiciones en swaps supuso para la parte actora unos pagos por una cuantía total de 2.438.437 euros, tal y como consta en el documento n.º 2 de la demanda. Discutiéndose en el presente procedimiento precisamente cual era el coste de cancelación, correspondería a la demandada acreditar o al menos intentar explicar como se llego a tal cantidad, como se llega a la cifra en la que se fija el coste exacto de cancelación.

La parte demandada no explica ni defiende con argumentos jurídicos que efectivamente en aplicación de lo pactado en el contrato el coste de cancelación por cuantía total de 2.438.437 euros era correcto. Los términos contractuales pactados no son precisamente claros, se señala que la cancelación anticipada del producto se realizará “a precio de mercado”. Tal concepto puede ser preciso cuando se habla de mercados simples como puede ser el precio de la vivienda, o cualquier otro precio de mercado que aparezca referenciado o se trata de una operación sencilla para descubrir cual es el exacto coste del precio de mercado a una concreta fecha, cosa que el presente supuesto no ocurre. No deja de ser una cuestión técnica pericial, concretar si liquidaciones del producto y coste de cancelación a la fecha en la que se realizaron eran conformes o no a lo contractualmente pactado, esto es si se ajustaban o no “a precio de mercado”. El informe pericial aportado por la demandada no realiza cálculos, ni explica como se llego a concretar al coste de cancelación fijado por el Banco en su momento. Resulta evidente y de igual modo los testigos declararon en tal sentido que para el calculo del coste de cancelación se requiere el acceso a programas informáticos y métodos técnicos de cálculo que no están al alcance de la clientela bancaria, por otro lado debe tenerse en cuenta que el método de valoración de los productos derivados se caracteriza por una complejidad, la conclusión resulta clara, quedaba fuera del alcance de las actoras la valoración del coste de cancelación de los productos. De la prueba practicada en los autos debemos mencionar y valorar la declaración del primero de los testigos,





resulta interesante comprobar que el coste exacto de cancelación no se supo hasta el momento exacto de estar en la notaria y firmar el acuerdo de contenido muy amplio, el coste de cancelación en ningún momento pudo ser objeto de negociación, nunca se supo de manera exacta, los propios empleados del Banco radicados en Las Palmas y que en consecuencia realizaron las negociaciones en nombre del Banco desconocían el coste de cancelación, afirmaron los testigos que el coste de cancelación era calculado por los servicios centrales en Madrid. Por tanto en las negociaciones previas en ningún momento se supo el coste exacto de cancelación. El testigo manifestó recordar que pregunto por el coste de cancelación de los productos, extremo por otra parte lógico, y le contestaron que es al momento de cancelar cuando se le da el valor de mercado y por tanto de cancelación.

TERCERO.- En relación al coste de cancelación en un supuesto similar al ahora analizado la S.A.P. de Las Palmas (Sec. 5ª) de 30 de marzo de 2012 o la S.A.P. de Ávila de 4 de mayo de 2012 , señalando la primera que tal cláusula indeterminada y oscura genera incertidumbre ya que no se indica cuál es la "forma objetiva" de determinar los precios de mercado y qué referencias se habrían de tomar para establecer los precios de mercado. En términos más generales, la S.A.P. de Álava (Sec. 1ª) de 21 de noviembre de 2011 acentúa el aspecto de la desinformación contractual que acompaña de modo casi intencionado a esta clase de contratación, destacando que las cláusulas de este contrato "no son de fácil comprensión. Su extensión, la subordinación de las largas oraciones y la introducción de elementos financieros la dificultan. Además contienen conceptos jurídicos y económicos que no son de uso habitual ni de fácil entendimiento. Al respecto hemos dicho [continúa diciendo esta sentencia] en nuestra SAP 143/2009 Álava (Sec. 1ª) de 7 de abril de 2009 , analizando un contrato de intercambio de intereses (CLIP de interés), o en la SAP 217/11 (Sec. 1ª) Álava de 14 de abril de 2011 , que esta clase de operaciones, que un swap no es de fácil comprensión, ya que «los expertos definen este tipo de contratos como propios de la ingeniería financiera, propios de grandes empresas, son contratos especulativos y de inversión, con un tremendo riesgo»."

Como se ha dejado anteriormente reseñado ,no deja de ser una cuestión técnica pericial, concretar si liquidaciones del producto y coste de cancelación a la fecha en la que se realizaron eran conformes o no a lo contractualmente pactado, esto es si se ajustaban o no "a precio de mercado"; pero igualmente debe





tenerse en cuenta que la parte contratante responsable de la redacción de la cláusula contractual relativa a la concreta forma de valorar el coste de cancelación es la entidad financiera, debe por tanto soportar las dudas interpretativas que sobre tal concreto extremo existen. Llegados a este punto deben contraponerse ambos informes periciales, tanto el aportado por la actora como el de la parte demandada. Se estima en este punto como mas razonado y fundamentado el de la parte actora, es mas el de la demandada no explica como se llega al coste de cancelación, que teniendo en cuenta el principio de mayor facilidad probatoria, lo hubiera sido mas fácil. En este sentido al ser la entidad demandada la que calculo el coste de cancelación que en su momento se exigió, perfectamente podría haber facilitado a los peritos por ella designados las operaciones que en su momento se practicaron para alcanzar el valor abonado por el cliente como coste de cancelación. Por el contrario se sitúa el informe pericial de la parte actora en el que se explica los pasos dados para alcanzar el correcto valor de mercado al momento en el que el producto se cancelo. Con respecto al análisis de la estimación del valor de cancelación que realizó Banco de Santander sobre los dos swaps bonificado flotantes de 24.000.000 euros y 5.000.000 de euros que aparece reflejado en el anexo 4 del informe pericial aportado con la demanda, debemos comentar lo siguiente: Banco de Santander no proporciona elementos relevantes utilizados en la valoración como las curvas de tipos cupón cero y las volatilidades empleadas en el cálculo de las primas de opciones. No está claro como se valora el componente de opcionalidad del FLOOR implícito; de igual manera en el anexo 6 el perito de la parte actora explica las diferencias entre nuestra valoración y la del banco.

En relación con la cancelación anticipada del producto no se concreta el método que se utilizaría para determinar el coste de cancelación ni se ilustra con una estimación aproximada de dicho coste. No se incluye ninguna referencia específica al criterio de cálculos de los costes asociados a la operación de cancelación anticipada. No especifica el criterio de cálculo que se utilizará, ni hace referencia a que, velando por el interés de su cliente, algo a lo que está obligada, además de por los suyos propios, esta liquidación sería la mejor posible para el cliente, en el momento que decida cancelar la cobertura. Ejemplo de ello lo representa la S.A.P. de Cuenca de 16 de abril de 2012 al señalar que "Los Tribunales vienen considerando que hacer simplemente mención el banco en el contrato al precio de mercado (como ha ocurrido en el caso que nos ocupa), supone ocultar a los clientes la manera de





saber aproximadamente el coste de la cancelación anticipada de sus productos bajo una expresión oscura, indeterminada, pese a tener perfectamente fijado el mecanismo o fórmula para su cálculo, y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 febrero 2012 ; habiéndose también indicado por los Tribunales que la simple mención en el contrato a las condiciones, situación de mercado (que también se usa en el caso que analizamos), es una expresión inconcreta con la misma consecuencia de ocultación antes indicada, (y en tal sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 14 febrero 2012)".

Se defiende la entidad demandada argumentando que tales comisiones se trata del margen del Banco, en relación al sobrecoste de cancelación, pero resulta evidente que cuando estas liquidando una operación no tiene sentido que se cobre un margen, el margen es por el riesgo de la operación misma, riesgo que ante un escenario de cancelación de la operación, por pura lógica no existe riesgo al momento de cerrar la operación. Por tanto tampoco es justo que haya margen, teniendo en cuenta igualmente los principios generales de la contratación y el principio de equivalencia de las prestaciones. En todo caso, no es cuestión de si era procedente o no cobrar margen por parte del banco, en el contrato se pacto una forma concreta de liquidar que era el PRECIO DE MERCADO, no siendo posible aplicar un precio superior o al de mercado para la cancelación del producto obteniendo un beneficio injustificado para el banco.

Se argumenta igualmente por parte de la demanda que al momento de cerrar la operación ambas partes estaban en condiciones de igualdad, se trata de una negociación amplia entre la entidad financiera y el cliente. No es posible defender que la parte actora estaba en situación de igualdad a la entidad demandada al momento de determinar y concretar el coste de cancelación, el coste exacto de cancelación se supo el mismo día en el que se firmaba la operación; y ello independientemente de que fuera a las 9.30 horas o a las 15.00 horas, cualquiera de las posibilidades supone que el coste de cancelación necesariamente debía ser asumido por la parte actora, sin que existiera el mas mínimo margen de negociación respecto al coste de cancelación. Para llegar al coste exacto se reconoce que el mismo proviene de Madrid, de los servicios centrales del Banco, el propio representante del Banco en la Notaria, afirma que el no sabe ni la formula ni como se obtiene el coste exacta de cancelación, se





trata de operaciones matemáticas complejas, se debe tener en cuenta el estado del mercado, por pura lógica con la definición que consta en el CMOF, el día exacto en el que se cancela. Partiendo de tal lógica y realidad y el modo normal de suceder las cosas, resulta imposible que la parte actora o su representante pudiera conocer que tal cantidad se ajustaba o no a la realidad de lo pactado contractualmente.

En resumen y en conclusión resulta plenamente acreditado que las actoras y sus representantes en las negociaciones previas para cancelar los productos no fueron informados por el Banco de la fórmula de cálculo del precio de mercado, ni con carácter previo al momento de contratar, y en todo caso de haberla conocido no les habría servido de nada, pues solo las tesorerías de los bancos y algunos expertos en derivados, son capaces de utilizarla para valorar los productos, circunstancias que no concurren en las actoras. Fue el banco el que realizó los cálculos concretos para fijar el coste de cancelación, se lo comunicaron al cliente al momento de cerrar la operación sin que pudiera ser objeto de negociación y por último por haber incumplido, aprovechándose de su posición profesional, los contratos de permuta financiera al no haber aplicado el precio de mercado previsto en los contratos para el cálculo de la cancelación anticipada. Según el perito de la parte actora, teniendo en cuenta los cálculos realizados por el Perito, que no son contradichos por el informe pericial de la parte demandada, el coste de cancelación abonado por el Cliente el 29 de enero de 2009, no se corresponde con el valor de mercado pactado contractualmente. Existen desviaciones a favor del Banco entre el coste de cancelación pagado por el Cliente y el valor de mercado, lo que determina que por parte de Banco Santander ha habido un incumplimiento contractual cobrando indebidamente las cantidades señaladas por el perito en su informe, debiendo en consecuencia estimar en este punto las pretensiones de la parte actora.

CUARTO.- En relación a la segunda de las cuestiones que se plantean en la demanda, esto es las denominadas comisiones implícitas, una vez más debe ser acogido el criterio manifestado por el perito de la parte actora. De la prueba practicada en el acto del juicio, así como de la documental obrante en los autos se desprende que al cliente nunca se le informó que el banco iba a cobrar comisiones, los cálculos los realizaba el banco, era la demanda el agente de cálculo, quien hacía los cálculos, resulta evidente que únicamente era el banco el encargado de calcular las





liquidaciones. Frente al razonado y argumentado criterio del perito de la parte actora se sitúa el informe pericial de la demandada, así se comprueba como el informe pericial aportado por la demandada no realiza cálculos que contradigan los cálculos realizados por el perito de la parte actora. Se les cobraron comisiones implícitas tales comisiones están ocultas en los precios de los productos, los clientes las desconocían y teniendo en cuenta el perfil del cliente en el presente supuesto se llega a la clara conclusión de que las entidades actoras carecían del conocimiento financiero y medios técnicos necesarios para su cálculo. La falta de transparencia actúa claramente en contra de los intereses de los clientes. En todas las operaciones analizadas BANCO SANTANDER no informo sobre las comisiones implícitas y/o explícitas cobradas a los clientes.

Señala el perito que el método de valoración del swap, aplicando el precio de mercado, se utiliza durante toda la vida del mismo. De tal modo que en el momento inicial de contratación del producto la valoración de lo que recibe cada parte debe ser igual a lo que paga, pues de otro modo la apuesta nacería desequilibrada a favor de una de las partes. Como recoge el Perito

en su Dictamen, el valor de mercado en el momento inicial debe ser cero para que el producto nazca equilibrado con la misma probabilidad de ganar o perder para cada una de las partes. Pero en los productos objeto de la presente litis, la entidad demandada, tal y como resulta acreditado por la prudente valoración de la prueba pericial aportada por la parte actora, ha alterado a su propio beneficio los tipos de mercado que deberían haberse fijado en la operación, con la consiguiente ventaja patrimonial y la consiguiente desventaja de la contraparte. Las explicaciones del perito al respecto aparecen debidamente justificadas, perfectamente explicadas y ampliamente razonadas, tanto en el contenido de su informe, como de las explicaciones ofrecidas en el acto del juicio; así concluye que tras la alteración de los tipos subyacentes el Banco tiene más probabilidades de ganar que el cliente. Por ese desequilibrio el banco debería pagar un precio, que no paga, se apropia de él, y esa es la forma de cobrar su comisión implícita, margen oculto o cualquier otro nombre que se le quiera dar a tal importante desequilibrio contractual. Las cosas son lo que son y no el nombre que se le quiera dar, el concreto nombre que le demos no afecta a la realidad e ilicitud de su cobro. Las comisiones implícitas imputadas en las diferentes transacciones de swap contratadas por el grupo aparecen en los cuadros 3, 4 y 5. El precio de mercado de un





PUBLICACIÓN.- Se hace pública, el día de su fecha, la anterior sentencia de conformidad con el artículo 204.3 de la LEC. Doy fe.

